POR

LA DISPOSICION VNIVERSAL DE LA Alma, heredera instituyda, por D. Alberto de Vlloqui, difunto, y por D. Michaela de Peralta, y sus hijos, y otros acreedores del dicho D. Alberto de Vlloqui:

C O N

CON DIEGO DE VLLOQVI, su hermano, Canonigo de la Santa Iglesia de Seuilla:

P A R A

Que se confirme en grado de reuista, el auto de vista de esta Real Audiencia, confirmatorio de otro de el Inferior, que recibio esta causa a prueba.

1 SI Quando in iure nostro (vt semper) ex facto ius oritur, eminentemente en el caso de este pleyto, conuiene assentarle, con algunas circunstancias, que (si no me engaño) varian mucho de las que se assentaron a la vista, y aora con distincion, aqui seran mostradas.

2 Supongo pues lo primero (vt rem ab origine incipiamus) que al tiempo, y quando Don Lope de Vlloqui, y Doña Vrsola de Mendoça su muger, trataron de casar, y casaron, a D-

Alberto de Vlloqui su hijo, con Doña Eluira de Auila y Mendoça, entre las partes que abaxo se dirà, otorgaron escriptura de Capitulaciones, en que ay las Clausulas tocantes a este pleyto del tenor siguiente.

Clausula primera de las Capitulaciones

3 *Capitulaciones, que se hazen, y capitulan, entre Iuan de Auila Aguirre, y Doña Maria de Mendoça su muger, por si, y en nombre de D. Eluira de Auila su hija, de la vna parte; y Lope de Vlloqui, y D. Vrsola de Mendoça su muger, por si, y en nombre de Alberto de Vlloqui su hijo de la otra, todos vezinos desta Ciudad, en la forma siguiente.*

Clausula Segunda.

4 *Ytem, por razon de este contrato, y Capitulaciones, los dichos Lope de Vlloqui, y Doña Vrsola, con su licencia, y de mancomun, se obligaron de vincular, y hazer vinculo, y Mayorazgo en fauor del dicho Alberto de Vlloqui, su hijo, y de sus sucessores, y demas llamados, en el, de cinquenta mil reales de renta en cada vn año, incluso en la suerte principal del dicho vinculo, lo que le tocare al dicho Alberto de Vlloqui, por sus legitimas, y futura succession, de los dichos Lope de Vlloqui, y su muger, en fin de sus largos dias de ambos juntos, en cabeça, y nombre del dicho Alberto de Vlloqui, situados en diferentes rentas de su Magestad, que no passen de la mitad de la finca donde estuuieren situados, haziendole para esto, como desde luego le hazen, con las dichas sus legitimas paterna, y materna, las mejoras del resto en el tercio, y remaniente del quinto de sus bienes, en la cantidad que baste para el entero cumplimiento de los dichos cinquenta mil reales de renta en cada vn año en fauor de el dicho Alberto de Vlloqui su hijo, y de sus hijos, è hijas, nietos, y nietas, y demas descendientes, de el dicho Alberto de Vlloqui, y Doña Eluira de Auila, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra; y de los demas que por ellos fueren llamados, y de sus descendientes, con los llamamientos, grauamenes, y succesiones, y cōdiciones, que les pareciere poner, en orden a la perpetuidad, y cumplimiento del dicho vinculo, y Mayorazgo; el qual, desde aora para entonces, lo hazē y otorgan, en fauor del dicho Alberto de Vlloqui su hijo, y de sus sucessores, y demas que fueren llamados en el.*

Clausula Tercera.

Item

5 *YTem, el dicho Alberto de Vlloqui, dio su fe, y palabra a la dicha Dª Eluira de Auila, de desposarse, y velarse con ella, dentro de el dicho termino: Y la dicha Doña Eluira, la aceptò, y la dio al dicho Alberto de Vlloqui, de casarse, y desposarse legitimamente con el, dentro de el dicho termino; Y el dicho Alberto de Vlloqui aceptò la dicha fe, y palabra, y ambos contrayentes prometieron, y se obligaron de se mantener, y guardar, è cumplir; el vno al otro, y el otro al otro, la dicha fe, y palabra, que se tienē dada; y ambos lo juraron, y prometieron assi, por Dios nuestro Señor, y vna Cruz, que cada vno hizo en forma de derecho.*

Clausula Quarta.

6 *YTodos los dichos otorgantes, y cada vno de ellos, por ser como esta escriptura es perpetua, y en caso que de derecho sea licito, y permitido, y no de otra manera, por ser los dichos Alberto de Vlloqui, de edad de veinte y quatro años, y la dicha Doña Eluira de Auila, de treze, ellos y los demas otorgantes juraron por Dios nuestro Señor, y por vna señal de la Cruz, que cada vno de ellos hizo, de auer por firme esta escriptura, y lo en ella contenido; y de no yr, ni venir contra ella, aora, ni en tiempo alguno, alegando los dichos contrayentes, menor edad; y ellos, y los demas otorgantes, engaño enorme, y enormissimo, fuerça, miedo, ni temor, ni otra excepcion, ni causa alguna que les pertenezca, porque declararon que la hazen de su libre, y espontanea voluntad, y que contra esta capitulacion, y juramēto, no tienen fecho, ni haràn protestacion, ni reclamacion.*

7 Lo segundo se presupone, que auiendose otorgado esta escriptura en diez de Febrero de seiscientos y treinta y seis, los dichos Lope de Vlloqui, y Doña Vrsola su muger, nunca procedieron a hazer llamamiento alguno, de este vinculo, para en falta de los descēdientes de Don Alberto de Vlloqui su hijo, y Doña Eluira de Auila su muger, como parece que lo tenian reseruado en las Clausulas de la Capitulacion referida.

8 Lo tercero se presupone, que auiendo muerto el dicho D. Lope de Vlloqui, y despues de su muerte, como parece fol. 1. en 25. de Abril de seiscientos y quarenta y vno, dio peticion D. Alberto, en que dixo *que el dicho Don Lope de Vlloqui su padre, era muerto, y passado de esta presente vida, y que auian quedado por sus hijos, y herederos, el, y Don Diego de Vlloqui, y Don Lope de Vlloqui, presente, y Don Francisco de Vlloqui, ausente en los Estados de Flandes, y q̄ conuiene*

uiene a su derecho, que se haga diuision, y particion de los bienes que han quedado por su fin, y muerte, entre ellos como sus herederos, por la accion familiæ hæreiscundæ; y entre los mesmos, de la vna parte, y Doña Vrsola de Mendoça su madre (que auia sobreuiuido) de la otra, por la accion pro socio: Pidio que se hiziesse la dicha particion, y que se notificasse a sus hermanos, nombrassen Curador atento a ser menores, cō facultad de nombrar tercero Contador, Partidor, y Apreciador, y que lo mesmo se notificasse a la dicha su madre; porq̄ èl desde luego por su parte nombraua al Licenciado D. Iuan Infante, Relator de esta Real Audiencia.

9 A lo qual fue proueido auto como se pedia, y se huuo por nombrado al dicho Relator, y que se notificasse a Doña Vrsola, y mandò se notificasse al padre general de menores, nōbrasse por los menores; y assi se hizo, y notificasse al Licenciado Don Francisco Sanchez de la Peña, que exercia el dicho oficio; y el dicho Don Alberto de Vlloqui fol. 4. en execucion de el auto, nombrò Cōtador, Partidor, y Apreciador; y lo mesmo hizieron los dichos Don Lope de Vlloqui, y D. Diego, como parece dicto fol. 4. y fol. 5. El Iuez mandò que se notificasse el nombramiento fecho al dicho Don Iuan Infante, y que lo aceptasse, y jurasse; y assi se hizo.

10 Lo quarto se presupone; que (como parece fol. 6.) en 20. de Nouiembre de seiscientos y quarenta y vn años, dierō peticion, firmada de todos tres, y de comū consentimiento de todos, dichos Don Alberto, Don Diego, y Don Lope; en que dixeron *que todos eran mayores de veinte y cinco años, y q̄ por fin y muerte de sus padres (que ya entrambos eran muertos) auia quedado assimesmo como ellos, por su heredero Don Francisco de Vlloqui su hermano, que seria de edad de veinte y vn años, y que al presente estaua ausente de estos Reynos, en los de Flandes, en seruicio de su Magestad, y que respecto de que la mayor parte de los bienes que auian quedado por muerte de los dichos sus padres, consistia en creditos de diferentes personas, y deudores, assi en esta Ciudad, como fuera de ella, y que por no cobrarse, se yuan poniendo cada dia de peor calidad; y que era necessario poner cobro en su cobrança, y acudir a algunos pleytos, que estauan puestos, y otros que se auian de poner de nueuo, y que no obstante que eran Albaceas de la dicha su madre, y lo podian hazer sin consentimiento de su hermano ausente, y porque le es vtil que se ponga buen cobro en todo, ofrecen informacion, y piden que se les dé licencia para cobrar, y el Iuez les mandó que diessen la informacion, y auiendola dado,*

do,como parece fol.12.proueyó auto en que dixo, que los dichos tres hermanos juntos por si,y en nombre del dicho Don Francisco su hermano ausente, pudiessen regir,y administrar todos los bienes,y hazienda que huuiesse quedado por la fin,y muerte de los dichos Lope de Vlloqui,y Doña Vrsola de Mendoça sus padres, en el interim que se fenecen, y acaban las cuentas,y particiones,que de ellos se han de hazer,y que puedan recibir, y cobrar todas las cantidades de marauedises,reales,plata,y oro,mercadurias,bienes, y otros qualesquiera efectos,que pareciessen ser,y auer quedado por la fin,y muerte de los dichos sus padres, y les pertenecießen,y a ellos,como sus herederos,assi en esta Ciudad,como fuera de ella.

11 Lo quinto se presupone,que(como parece fol.14.)en virtud,y execucion del dicho auto, los dichos tres hermanos, juntamente y de mancomun,*y como hijos,y herederos que dizen son del dicho Lope de Vlloqui*,se obligan de mancomun,è hypothecã sus legitimas, a dar buena quenta con pago de la dicha administracion,y de todo,y cada cosa,y parte de ello, que perteneciere a la parte del dicho Don Francisco ausente,cóforme a lo que se manda,y contiene en el auto de la dicha administracion fol.13.

12 Lo sexto se presupone,que por Clausula de vn codicilo, debaxo de cuya disposicion murio,la dicha Doña Vrsola de Mendoça(y està en estos autos fol.38.)se dispone lo siguiẽte.

Clausula del Codicilo de D. Vrsola de Mendoza.

13 *Y Assimismo quiere,y es su voluntad, que si falleciere Doña Vrsola de Auila y Mendoça su nieta,antes que el dicho D. Alberto de Vlloqui su padre,y no huuiere otras hijas suyas, hereden para su dote los quatro mil ducados,y reditos que por este Codicilo mãda se impongan a tributo,para el efecto que va dicho,y llegare el caso de que los dichos quatro mil ducados,y sus reditos,los hereden los dichos Don Diego,Don Francisco,y Don Lope de Vlloqui sus hijos; entre assimesmo heredando la dicha cantidad de principal,y reditos,el dicho Don Alberto de Vlloqui su hijo, juntamente con los demas sus hermanos, sin embargo de que por la dicha Clausula queda excluido de entrar en parte en la dicha herencia.*

14 Y es cosa llana en el hecho,que la dicha Doña Eluira murio antes que Don Alberto su padre, conque pertenecieron

los dichos quatro mil ducados, y sus reditos; pro rata, a el dicho D. Alberto su padre, y a sus tios, hermanos de el mesmo.

15 Lo septimo se presupone, que el dicho D. Alberto de Vlloqui, dio poder para testar, y en èl instituyò Heredero, y nombrò Albaceas, por las Clausulas siguientes.

Clausula de institucion de Heredero.

16 *Y Para que puedā nombrar en mi nombre, que yo desde luego nombro por Heredera vniuersal, en todos mis bienes, deudas, derechos, y acciones, que de mi quedaren, y me pertenecieren, a mi Anima, paraque todo ello, en qualquiera cantidad que sea, se gaste, y destribuya, en limosnas, Missas, Sacrificios, Capellanias, Patronazgos, u otras Obras Pias, en la forma, y segun que pareciere a mis Albaceas, o a la mayor parte dellos.*

Clausula de Albaceas.

17 *Y Puedan nombrar, que yo desde luego nombro, por mis Albaceas y Testamentarios, a Don Lope de Vlloqui, y a D. Francisco de Vlloqui, mis hermanos, y a los dichos Padre Fray Pedro de la Ossa, y Frācisco de Vrdaneta, y Ricardo Suit, dandoles, que desde luego les doy, todo poder cumplido, y a cada vno insolidum, para vender, y rematar mis bienes en almoneda, y fuera de ella; y para recibir, y cobrar los precios por que se vendieren, &c.*

Clausula del Poder, tocante a este Pleyto.

18 *Y Hagan todas las demas declaraciones y Clausulas, tocantes al descargo de mi conciencia, paga, y satisfacion de las deudas que debo; Y asimesmo en razon del Mayorazgo que posseo, que fundaron en mi fauor los dichos mis padres, y por los derechos, y pretensiones que yo podia tener, y tenia en razon de la dicha fundacion, y legitimas de los dichos mis padres, que me pertenecieron, y en todo lo demas que me tocare, del descargo de mi conciencia, paga, y satisfacion de mis acreedores.*

19 Lo octauo se presupone, que asimesmo, en veinte de Febrero del año passado de seiscientos y quarenta y dos, el dicho Don Alberto de Vlloqui, dio peticion ante el Teniente

segun-

segundo, y Felipe de Fuentes Escriuano de su Iuzgado, en que hizo relacion, como sus padres auian fundado cierto vinculo en su fauor, y de Doña Eluira de Auila su muger legitima, y que le conuenia tomar possession de los bienes de el: Pidio que se recibiesse informacion de la muerte, y que constando se le diesse possession judicial, *con protestacion que ante todas cosas hazia, que por razon de este pedimiento de possession, no fuesse visto consentir en cosa que prejudicasse a su derecho, y al que pudiesse tener en razõ de sus legitimas, paterna, y materna; Porque este pedimiento se auia de entender assi, y que si mas, o mejor pedimiento le conuenia hazer, assi en esto, como en la dicha protesta, lo auia aqui por expresso.*

20 Lo nono se presupone, q̃ en. 9. de Abril de. 1643. el Padre Fr. Pedro de la Ossa, en virtud de los recaudos que quedan supuestos, y como Albacea, y Testamentario vniuersal, del dicho D. Alberto de Vlloqui, y en virtud de patẽte, y licẽcia de su Prelado, se introduxo en la prosecucion de esta causa, que por el dicho Don Alberto de Vlloqui estaua pendiente, y pidio *que se prosiguiesse, y acabasse dicha particion, é hizo nueuo nombramiento de Contador en Lorenço del Rio Estrada*; de que se mãdò dar traslado r al Licenciado Don Iuan Infante, que lo estaua antes: Y a esto los Herederos respondieron por su peticion de 30. de Setiembre de 643. *que se auia de quitar del pleyto la peticion de el Padre Fray Pedro; porque la vltima disposicion de Don Alberto de Vlloqui, y sus Albaceas en su nombre, no tienen interes alguno en el pleyto la particion, respecto de lo contenido en los presupuestos precedientes; y que al tiempo de el matrimonio de el susodicho, sus padres hizieron el vinculo de cinquenta mil reales de renta, y que èl lo consintio, y que assi no le quedó derecho alguno*: Concluyeron pidiendo *que se repeliesse el dicho pedimiento, y el nombramiento de Contador, que por él se hazia, y sobre este articulo debido pronunciamiento.* A que se respondio por parte de la Disposicion, que se auia de declarar por legitimo el nombramiento de tercero, y que los bienes eran libres, y partibles, y que el vinculo no se auia otorgado, ni consentido, y que caso que lo huuiera sido, auia interuenido miedo, y reuerencia para anularle; Con lo qual, y otras alegaciones que en esta razon huuo, en. 11. de Nouiembre de. 643. proueyò auto el Teniente, por el qual *recibio las partes de este pleyto a prueba con termino de nueue dias*, de que fue apelado para esta Real Audiencia, adonde se confirmò en vista, *conque el termino fuessen diez dias perempto-*

tempto-

remptorios,y con denegacion de otro termino,y sin embargo de suplicacion: Y todavia se pidio licencia para suplicar,y se concedio, y se expressaron agrauios por parte de Don Diego,y Don Lope, de auerse recibido a prueba;y tambien suplicò la Disposiciō en quanto a las calidades del termino de la prueba , sobre lo qual se ha visto,y està para determinar en reuista.

21 His in facto suppositis,auemos visto la alegacion en derecho,dada por Don Diego,y D. Lope de Vlloqui, la qual tiene parte,que mira al estado de *hic* , *&* *nunc* , de este pleyto;y a excepciones dilatorias ante ingressum;de que parece deberse aora solo tiempo de tratar: Y parte, que mira a excepciones peremptorias,y de que se ha de tratar en el progresso de la causa; por lo qual facilitatis,& distinctionis gratia,diuidimos esta alegacion,en dos partes correspondientes a lo suso dicho:pero aora solo trataremos de la primera , reseruando para su tiempo la segunda.

Prior Pars.

22 ESta pretenden D. Diego,y D. Lope,instruir con las Oposiciones siguientes,a que por la orden que fueren opuestas,se les yrà dando competentes respuestas.

Prima Oppositio.

23 DIzen,que la piedra angular del edificio judicial , es la legitimacion de la persona,y que esta , no tan solamente no la tuuo,ni tiene,el Padre Fr. Pedro de la Ossa ; antes por la calidad de Religioso Franciscano,inhabilidad expressa,y prohibicion insanable, para todos los ministerios que en esta causa ha vsado,y pretende vsar:y que ni pudo ser Comissario de Don Alberto de Vlloqui , para otorgar por èl su testamento:ni pudo ser su Albacea, ni Executor del mesmo testamēto;ni puede estar en juyzio para seguir , ni proseguir los derechos del mesmo testamento,y Disposicion de D. Alberto de Vlloqui.

Respuesta.

24 DE esto nos auemos de expedir muy facilmente,quia maiora nos vocant,y porque para el estado presente de el pleyto,tiene poca,o ninguna consideracion,respeto de que

que aunque ay variedades de opiniones, en las questiones, *Vtrùm Monachus Franciscanus posit esse executor testamenti, cum licentia Prælati?* y en esto, la costumbre tiene mucho fauorecido à la parte afirmatiua auiendo licencia, como aqui la huuo. Y aunque tambien muchos confunden el *Comissario ad testandū*; con el *Albacea ad exequendum*; la verdad, es, que ni ay ley prohibitiua de lo primero; ni milita en ello la razon de la prohibicion de el segundo; y que en vno, y otro caso todo cessa, estādo obrado ya por el Religioso Ordinario, o Franciscano, con licencia (o sin ella) de su Prelado, porque entonces lo hecho ha de valer, y surtir efecto; y mucho mas siendo el alma heredera instituida, cuya nominacion, y declaraciō de las Obras Pias, que se han de hazer, no està prohibida a los Franciscanos, como bien (vt in vno omnes citentur) lo prueba, y comprueba el Padre Thomas Sanchez de statu Religioso, lib. 6. cap. 11. num. 44. cum seqq. & num. 49. Y porque todo cessa, conque en qualquiera caso puede ser el Religioso Franciscano Albacea, como lo sean en su compañia otros Seglares, como en este caso. Fr. Emanuel Rodriguez quæst. regular. tom. 3. q. 70. art. 2. imo siempre lo puedē ser como las Obras Pias que se han de executar, sean en fauor de sus Conuentos, de Religiosos, o Religiosas de su Orden, como fue en este caso; docuit Bart. in tract. Minoritarum, quem sequitur Rodrig. vbi sup. Pater Portel.

Secunda Oppositio.

25 Esta pretenden los cōtrarios, que es el muro fortissimo, y defensa ineuitable de su justicia, y la pretenden sacar del texto in. l. 1. vers. sed si is. ff. familiæ hærciscūdæ, ibi: *Quæ quidem actio nihilominus ei quoque ipso iure competit, qui suam partē non possidet, sed si is, qui possidet, neget ei sibi cohæredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem, si in ea re de qua agitur, præiuditium hæreditati non fiat.* Cui consonat. l. 7. tit. 10. part. 3. y dizen que estos son los terminos, en que nos hallamos, y que la parte de Don Alberto de Vlloqui, no possee bienes de esta herencia: Y por el contrario, ellos son los que la posseen, y que con solo su negatiua, que opongan, como oponen a su hermano, *de que no es su coheredero, ni su compossedor*; tienen vencido, para que no

se aya de tratar con el,juyzio de particion,y diuision familię hærciscundæ,y que le es necessario preciso,recurrir a otra accion preuia,prejudicial,y mayor;que es la de peticion hæreditatis ,ex. l. in familiæ.20.C.familiæ hærciscundæ,y otros textos que para esto se alegan.

Primera Respuesta.

26 SVponemos lo primero (de lo presupuesto en el hecho) q̃ el juyzio familiæ hærciscundę,entre D.Alberto de Vlloqui,y sus hermanos,quedò radicado, y la lide contestada en su vida,como bien parece supra à num.8.cum seqq.

27 Presuponemos lo segundo por la clausula.n.16.que el heredero de Don Alberto de Vlloqui,es su alma, y que esta, taliter,como qualquiera otro,solo que los bienes de la herencia,todos se han de expender en Obras Pias,y Sufragios,por el alma del difunto,textus optimus in authentico vt cum de appellatione cognoscitur.§.si vnum collatione.8. ibi: *Et ipsorum quoque anima ex hac pijssima causa subleuetur*:tradũt Glos.Bart. Baldus ad finem,Imola.n.2.Castrensis in.l.si quis.Titio.ff.de legatis.2.& ibi Peralta num.8.& Sarmiento num.5. Tiraq. de priuilegijs piæ causæ in præfatione, vers. item relictum. Espino de testamentis glos.31.n.40.Cabedo decis.129.n.12. tom.1. Pater Ludouicus de Molina,de iustitia,tom.1. disputatione.134.vers. illud.

28 Lo tercero presuponemos, quod anima defuncti est immortalis,& incorporea,& vtilitatis non potest per se adire hæreditatem,neque explicare,eas actiones humanas,que para su adjudicacion,el heredero auia de executar;cosa que no se dà a la alma postea quam à corpore per mortem naturalẽ separata est,neque eidem corpori postquam ab animæ consortio per eandem mortem naturalem seperatum est; quod aureis verbis expresit D.Bernardus de adventu Domini.sermo.1.6 *Protinus anima discedente,lingua silebit,oculi nihil videbunt;obdurescent omnes; corpus omne rigebit;facies pallescet, in breui quoq; totũ cadauer putidum simul,& putridum fiet,& decor omnis in saniem conuertetur*: Et anima, vt immortalis,& in corporea est etiam inuisibilis ex diuo Gregorio in suis Decalogis lib.4.cap.15.deadõ de sacô eleganter Baldus in cap.vlt.ad finem de ferijs: *Quod anima*

anima iure nostro ponitur inter personas miserabiles, & postquam soluta est corpore, se tueri non valet: extollit Peralta vbi supra, faciuntq; in simili, docet Valascus de nominatione emphytheusis facta pro anima emphytheutę consultatione.193.lib.2. & Caldas in.4.part. de eadem nominatione, cap.10.n.20.

29 De adonde tambien es consequente preciso, q̃ como *lex, & natura non deficiunt in necessarijs*, la mesma ley ha de suplir, y dar sujeto de persona corporea, que represente, y defienda el alma, y siga, y prosiga sus derechos (como si ella duràra vnida al cuerpo) actiua, y passiuamente: y assi en este caso en nõbre de la alma, y por ella, quedan siendo, y son partes legitimas, y formales los Albaceas, y Executores, vniuersales, como lo es el Padre Fr. Pedro de la Ossa; in terminis Bartolus in l. hæreditas. ff. de hæredibus instituendis: Baldus in. l. liberis C. de naturalibus liberis, Alexand. consil.98. volumine.2. ex nostris Castillo in. l.32. Tauri, verbo causas pias, & his relatis Parlador. lib.2. c. fin. 4. part. §.2. n.3. imo quod magis est por el alma, y por las obras Pias, es, y puede ser parte formal quilibet de populo, & iudicium populare est, Tiraq. de pia causa, priuilegio.151. l.7. tit.10. partita.6. ibi: *E aun dezimos que cada vno del pueblo puede esto fazer saber a los Obispos, porque es obra de piedad.*

30 Quibus suppositis, y que el Padre Fr. Pedro de la Ossa, o su Procurador, como Albacea, y Testamentario vniuersal, de la alma de D. Alberto de Vlloqui, heredera instituida, no haze aqui mas que proseguir vn juyzio familię hærciscundæ, que el mesmo Don Alberto de Vlloqui dexò contestado, precisa mente se ha de continuar, y proseguir la instancia. l. vbi cæptum, vel vbi acceptum, textus melius in. l. si is qui Romæ.34 ff. de iudicijs, vbi probatur *quod in successorem hæredem transit instantia, & debet terminari in eodem loco*; tradit latè Barbosa in. l. si constante. §. fin. à num.15. ff. soluto matrimonio, parece que no se pudo apetecer mejor texto, ni retorcer, contra D. Diego, y Don Lope de Vlloqui, que la. l.1. §. si is. ff. familiæ hærciscundæ, con las ponderaciones que en razon della se siguẽ.

Primera Ponderacion, y Retorcussion de aquel Texto.

Lo

31 LO que èl dispone, es, *que si el que prouoca a particion, è intenta la accion familiæ hæreiscundæ, no possee bienes ningunos de la herencia;* Et rursus, *copulatiuamente el prouocado, y conuenido, la possea, & vlteriùs le niegue al prouocante que sea su coheredero: en tal caso puede tener lugar, y proceder la disposicion de aquel texto*: ninguno medianamente versado en principios de derecho, puede negar, que son tres los requisitos, condiciones, y calidades, que esta ley requiere, y supone, para que aya de tener lugar lo que dispone, y que estas ayan de concurrir copulatiuamente, taliter, q̃ no baste la vna sin la otra, ni la otra sin la otra, ex vulgari regula textus in.l.si hæredi, ff.de conditionibus institutionum cum vulgatis.

32 Planè, de estos tres requisitos, y condiciones, para el intento de la alma, bien basta que falte vna; però mas indubitable serà, si faltan todas tres: recurramus ergo a los presupuestos supra num.8.cum seqq. y hallarèmos que faltan todos tres, y que no solamente Don Alberto de Vlloqui, y sus dos hermanos (que aora se lo niegan) posseyò como heredero, y proindiuiso, la herencia, y bienes de sus padres difuntos por sus ratas porciones hereditarias, y en su nombre proprio: sino q̃ tambien fueron cohæredercs, y coadministradores, de la rata porcion hereditaria, que diuisa, è indiuisa, tocaua a D. Frãcisco su hermano ausente; ac subinde qua fronte, pretenden aora negar a Don Alberto, las dos calidades, de que entãbas le tienen reconocido por calificado? y se hallan en possessiõ cõ el? A saber, de heredero de sus padres, y de compossecdor de los bienes de las herencias de sus mismos padres; y consequentemẽte de primo ad vltimum, tan lexos està de que les pueda ayudar el texto in.d l.1.que antes por el contrario es cuchillo que deguella su pretension.

33 Por manera que todos tres requisitos estan en contrario; y que Don Alberto de Vlloqui, y su heredero (q̃ es vna mesma persona con el) en este juyzio familiæ hærcilcundę, que aqui se prosigue, està en possession de esta herencia, y que no es cierto lo que sus hermanos le oponen, que no es heredero, pues ellos mesmos en este mesmo pleyto le tienen reconocido por tal; y assi, faltan negatiua, y contrariamente los tres requisitos, y presupuestos de aquella ley.

Segun-

Segunda Ponderacion, y Retorcussion de aquel Texto.

34 QVando se fuera con vn presupuesto menos cierto, y contrario a lo que se acaba de mostrar en el hecho, y se le condonara a Don Diego, y Don Lope de Vlloqui, el que no faltavan los presupuestos de aquel Texto; y que concurria el tercero, hoc est, *Que ni D. Alberto de Vlloqui, possèyò nunca bienes algunos de esta herencia, y que ellos la posseyeron siempre toda, y aora negarán a su hermano, el ser su coheredero*; adhuc todavia no se podian valer de aquel texto, respecto de que esta excepcion *non possit esse, nec mihi est cohæres*, se ha, y debe oponer precisamente de parte del reo convenido, y provocado ad iudiciũ familiæ hærciscundæ, luego initio, & ante litem contestatam; porque si no se opone, y se contesta el juyzio divisorio, despues no se puede oponer, & iudicium tenet, porque ipso iure tenet, y esta es excepcion, que como tal, y por via de tal, ad exclusionem, & ante litem contestatam opponi debet, vt est communissima doctrina Glossæ, verb. restituit, in. l. 2. C. communi dividundo, quam dicit solennem Iason, cum alijs ab eo citatis ibidem: & his relatis Valascus de partitionibus, cap. 2. num. 25. Ac subinde, como (segun lo propuesto) don Diego, y don Lope, no solamente no le opusieron este defecto a su hermano don Alberto, quando los prouocô, y conuino en este juyzio diuisorio, sino que antes positiuamente lo admitieron por coheredero, compossèedor, y y coadministrador de los bienes de la herencia; y a se vè quáto se deben imputar a si mesmos: *Si reclamare volebant, cur tandiû tacuerunt?* cap. 1. de frigidis, cum vulgatis.

Tercera Ponderacion, y Retorcussion de aquel Texto.

35 TOdas las vezes, que la negatiuà del conuenido iudicio familiæ hærciscũdæ, que niega a su actor prouocante ser su coheredero, se conuence por algunas conjecturas, arbitrio boni viri, ser calumniosa; no por ella se ha de impedir

D el

el indicio familiæ hærciscundæ. Probat textus expressus in cap. suscitata, de in integrum restitutione: y por el, y otros textos, es doctrina, y limitacion comun ad dictã legem primam. Planè non potest esse magis excogitata malitia, que negar a su hermano el ser su coheredero de sus padres, aquellos mesmos que por autos de este pleyto le tienen reconocido por tal, sin necessitar para ello de probança alguna ab extra, resoluit pulchrè in terminis Valascus, vbi proximè num. 26. in hæc verba; *In hoc tamen advertendum in praxi est, quod non facile cuilibet neganti alium esse cohæredem (præsertim fratrem filium defuncti) assentiri iudex debet, vt differat partitionem; multi enim protelandi iudicij diuisorij causà negant alios esse cohæredes: Imo si sibi saltem summariè constiterit de calumnia negantis, & de iustitia petentis diuisionem, posthabita exceptione negantis cohæredem; faciet nihilominus partitiones sine præiudicio iuris in causa plenaria post ea ventilanda.*

Quarta Ponderacion, y Retorcussion de aquel Texto.

36 Confirmase mucho la precediente; porque si verum amamus, en este caso, y de la doctrina de Valasco, de qua proximè, es euidentissima la calumnia de el que (no negando la filiacion) niega la herencia al que pide la de sus padres, contra *filius ergo hæres*, queriẽdolo ser: y assi funda bien, con solo quererlo ser, y el que se lo niega, excipit, y esta excepcion es la que requirit altiorem indaginem; y, ò no se ha de admitir, ò en caso que se admita, se ha de conocer de ella en este juyzio: eo maximè, porque es mucho de aduertir y considerar (aunque no lo hazen Don Diego, y Don Lope) que la escritura en que se fundan, no contiene lo que pretenden, ni en ella se dize, ni Don Alberto dize, *Que con la cantidad del pretenso vinculo, se contenta por su herencia, ni por las legitimas que le pueden pertenecer, ni que si fueren en mas cantidad, no lo pueda pedir*; sino tan solamente lo que se pretende es, *Que en esta cantidad queden vinculadas*: Por manera, que à lo que se puede estender la barra de la pretension de Don Diego, y Don Lope, era tan solamente, a que Don Alberto, su hermano, truxesse a colacion, y particion los cinquenta mil reales, y los computasse en

en sus legitimas,en caso que ellas alcançassen a esto. Pero en caso que la escritura fuera algo (que es nada) como se mostrarà a su tiempo,nunca se le pudiera negar a Don Alberto, que si sus legitimas montaran mas de los dichos cinquenta mil reales de renta , lo pudiesse lleuar , y pedir libremente Don Alberto,y su disposiciõ. Y en caso que sus legitimas no alcançassen a la dicha cantidad , el residuo se le cumpliesse del tercio,y quinto de la herencia de sus padres, y assi no solamente no fuera legitima esta excepcion para impedir a D. Alberto el juyzio diuisorio familiæ hærciscundæ,de adonde es legitima,y natural esta disquisicion;pero aũque se le opusiera en el juyzio possessorio del edicto del diuo Hadriano,se auia,y debia remitir a este juyzio diuisorio , tantum abest,q̃ se deba repeler de el; in terminis est celebris,& practicabilis doctrina Parladorij,lib.2.cap.5.num. 24.ibi: *Sed ecce fratrum alter petit hæreditatis possessionem pro indiuiso ; alter verò frater pænes quem bonorum est possessio contradicendo,allegat multa illum à patre accepisse bona,atque fortassis tanta vt illius legitimæ soluendæ paria faciãt; ait itaque eum audiendum non esse: quæro an legitimus sit contradictor? & puto non absurdé dici eam exceptionem non impedire immissionem,siquidem bonorum collatio non expectat ad hoc iudicium possessorium , sed potius ad iudicium ordinarium familiæ hærciscundæ.*

Quinta Ponderacion, y Retorcussion de aquel Texto.

NE de præiuditio causarum agentes,in præiudicium cau
37 sę incidamus;es mucho de aduertir, que toda la preten
sion de Don Diego de Vlloqui, se endereça a quererle
causar a esta causa,y juyzio familię hærciscundæ, que entre
el,y sus hermanos està pendiente en el Tribunal secular; y q̃
èl ha de prejudicar a ella,y arrastrar a Don Alberto a que le
ponga pleyto,*Petitionis hæreditatis,vel nullitatis vinculi*, ante su
Iuez Eclesiastico;y el fundamento es, que en terminos de la
ley.1.familię hætciscundę,opuesta la negatiua al prouocan-
te no posseedor;dormit iudicium familiæ hærciscundę tan-
quam minus,& inferius;quousque iudicium petitionis hęre
ditatis,tanquam maius,& superius,coram alio iudice venti-
letur: Pero in hoc quoque conuincitur,porque supuesto (co-
mo

mo và fundado) que possee judicialmente por estos mismos autos; la negatiua de *non es hæres*; no perturba la jurisdicion de este Iuez, y para ello es apertissimo aquel texto in fine, ibi: *Quòd si possideat eam partem, licèt negetur esse cohæres, non nocet talis exceptio; quo fit, vt eo casu ipse Iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an hæres sit, nisi enim cohæres sit, neque adiudicari quidquam ei oportet, neque aduersarius ei condemnandus est.* Y este texto se pondera per argumentum à fortiori, porque habla de iudice dato, y q̃ como tal de eo tantũ cognoscere poterat; de quo datus erat, l. non potest. 22. ff. de iudicijs. l. vt fundus. 19. ff. communi diuidundo, non fuit autem iudex datus, nisi ad diuidendam hęreditatem, non autem ad iudicandum de hæreditate: y siẽdo iudex datus, bien podia conocer de la herencia, en orden, y como incidente al juyzio familiæ hærciscundæ; Porque como elegantemente in ratione decidendi, alli aduierte Antonio Fabro, iudex datus de re aliqua cognoscit de omni quæstione incidenti, quantumuis maiore, quia de maiore nô pronunciat; l. 1. C. de ordine iudiciorũ. l. quoties. C. de iudicijs: ergo con mucho mayor razon en los Iuezes de nuestros tiempos, que lo son competẽtes, y pueden conocer de todas estas questiones; procederà este conocimiento.

Sexta Ponderacion, y Retorcussion de aquel Texto.

38 Bien se puede tentar, y pretender, por parte de la Disposicion de Don Alberto, que no tansolamente en virtud de la possession comun, y consentida por sus hermanos, sino de la suya peculiar de estos bienes, tuuo, y tomò la possession de ellos, y que assimesmo por esta consideracion, no se halla en los terminos de aquel texto, nec est verum dicerẽ q̃ *no possea*, en fuerça de la possession judicial que tomò, y consta por la peticion num. 19. Cuyas palabras, y protestacion obraron, y preseruaron que esta possession fuesse, y se aya de juzgar por hereditaria, & iure hereditario, non autẽ iure sanguinis; en virtud de aquellas palabras de la protesta, *que no fuesse visto consentir en cosa que prejudicasse a su derecho, y al que podia tener en razon de sus legitimas paterna, y materna, porque este pedimiento se auia de entender assi, y como mas le conuiniesse, y que assi lo auia por expresso;*

presso: Planè, esta forma de possesion es hereditaria, y se comprueba bien, per argumentum â fortiori, porque aun quando enla Clausula del testamento paterno, se contiene expressamente, *que el hijo se contente con tanta cantidad por su legitima, y que no pueda ser admitido a pedir cosa alguna mas* (que no se halla eneste caso, vt infra latiùs a su tiempo in .2. parte demonstrabitur) todavia aunque el hijo sin protestacion alguna, pida possession, puede pedir, y proseguir, y le queda illeso el derecho de su legitima, vt est in terminis aurea decisio Fabri. C. de inofficioso testamento.10. en orden, ibi: *Institutus ex minore portione, pecuniæ quantitate, quam quæ ad legitimam satis sit; non idcirco à supplementi petitione excluditur, quod defuncti voluntatem agnouerit sine protestatione; tametsi testamento ea lex adiecta esset vt nihil ampliùs peti posset: nam cûm pro non scriptis habeantur, quæcumque conditionem legitimæ portioris deteriorem facere possunt, perinde est, ac si simpliciter nulloq; adiecto onere minor quantitas relicta esset; quæ res non impediret petitionem supplementi quod ipsum ex testamento quoque debitum esse intelligitur.*

39 Y dixe bien *per argumentum á fortiori*; porque en los terminos de aquella decision, el grauamen erat in quantitate; q̃ no tiene nulidad ipso iure. l. omnimodo. C. de inofficioso testamento; ni mas de vna accion al suplemento, y no auia protestacion: En nuestro caso erat grauamen in qualitate, hoc est in vinculo, & restitutione; que es mucho mas odioso; nullo ipso iure, & quod pro non scripto in legitima habetur; l. quoniam in prioribus. C. de inofficioso testamento: Y aqui huuo protestacion, y alli no la huuo: ergo euidentemente se cõsigue, que esta fue possesion hereditaria, y por derecho legitimario tomada por Don Alberto, y que no se le puede oponer por sus hermanos el defecto de *tu non es hæres*, ni menos, *tu non posides*: ni tampoco de *que aprobò el vinculo, y grauamen en su legitima*, pues todo quedò, no solo preseruado con la dicha protestacion, sino antes en los puros terminos de no auerse nunca escrito el dicho cargo, y grauamen de vinculacion en las legitimas: Cætera ad hunc articulum pertinentia, trataremos en lugar pertinente en la segunda parte, Deo dante, y en su tiempo.

Septima y vltima ponderacion.

40 HVc vſque dicta procedunt,attento iure communi; Pero de el derecho de las partidas,y de la practica,y eſtilo in concuſſo,de las Chancillerias, y Reales Audiencias de Eſpaña,ay particular diſpoſicion,adonde en la opoſicion de tranſaccion,o ſemejante(como quiere que eſta lo aya ſido el Abogado de Don Diego,en ſu alegacion.n.25.pues le pretẽde obligar à refuſion de los reditos,ex.l.ſi diuerſa. C.de tranſactionibus) ò *que vno no es hijo,ni heredero,ò que no tiene la calidad, que ſe requiere para el pleyto*; aũque mas,y mas ſe oponga en fuerça de dilatoria,ſe ha de paſſar adelante, y reſeruar a la cauſa principal,como en terminos ſe prueba en la ley.10.tit.3.partita.3.ibi: *Defenſiones ponen a las vegadas los demandados por ſi, ante que reſpondan a la demanda,diziendo que non deben reſponder a ella,por que aquellos que la fazen ſon ſus ſieruos: Otroſi quando alguno demanda herencia de ſu padre,y le dize el demandado,que non es tenudo de reſponderle,negando que el demandador non es fijo de aquel por cuya razon la faze: E por ende,dezimos,que por tales defenſiones como eſtas, ú otras ſemejantes de ellas,que los demandados puſieſſen ante ſi,para embargar la reſpueſta,que no ſe debe el Iuzgador detener por ellas,de yr adelãte por el pleyto principal; antes dezimos que debe conſtreñir al demandado que llanamente reſponda ſi,o non,a la demanda que le fazen,é deſpues que oviere reſpueſta,debe el Iuzgador recibir aquellas defenſiones, é yr adelante por ellas en vno,cõ el pleyto principal,è ſi las fallare verdaderas, debe dar por quito al demandado,de toda la demanda que le fazen.* Sequitur, & facit: *E ſi fueren mentiroſas,y el demandador probare ſu intencion en el pleyto principal,debe dar la ſentencia contra el demandado, è condenarlo por las expenſas que fizo el demandador en razon de aquel pleyto.*

41 Eſta es la ley que ſe guarda,y practica en las Chãcillerias, y es en terminos indiuiduales para la prueba que calumnioſamente ſe contradize;de q̃ eſt teſtis locupletiſsimus, & omni exceptione maior,el ſeñor Luis de Molina lib.4.cap.9.n.41.& ſeq. Et hęc de Priori parte.

42 Ex quibus parece bien fundada,enquanto a ella,la juſticia de la Diſpoſicion,y que ſe ha de confirmar el auto de prueba del Ordinario,ſin los conques,y calidades del de viſta, y aſsi lo eſperan,ſaluo,&c.